



É inconstitucional pena máxima dos crimes de corrupção

11/06/2008

A idéia principal deste artigo, não é de pura e simplesmente tecer críticas à voracidade legiferante de nossos legisladores, mas sim a de pluralizar o debate acerca da aplicação do Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade aos intérpretes da norma (juízes, promotores, advogados etc), quando o Congressista olvidar-se da limitação Constitucional ao *ius puniendi*.

É que a Lei 10.763/2003 aumentou o limite máximo em abstrato dos delitos de Corrupção Ativa e Corrupção Passiva (CP 317 e CP 333, respectivamente), estabelecendo o *quantum* em 12 anos de reclusão, tentando com isso, resguardar ainda mais o objeto jurídico desses delitos, isto é, o *normal funcionamento, a transparência e o prestígio da Administração Pública*. Aparentemente esse aumento (de 8 anos para 12 anos de reclusão) seria constitucional, repita-se, aparentemente.

Assim, para a perfeita compreensão do tema em análise faz-se necessária uma atenta observação à cominação inserida no artigo 316 do diploma repressivo, que trata do delito de Concussão, cuja pena é de reclusão de 2 a 8 anos, acrescido de multa. Com essa tipificação penal, visa-se a tutela do normal funcionamento e o prestígio da Administração Pública, assim, como nos delitos de corrupção ativa e passiva.

O núcleo principal do tipo da Concussão é a conduta praticada por funcionário público (mesmo que ainda não tenha assumido o cargo, porém, desde que aja em razão dele), de exigir indevida vantagem mesmo que para terceiro, sendo uma forma especial de extorsão praticada pelo agente público, onde o mesmo faz prevalecer sua posição funcional em detrimento da Administração Pública e do particular lesado.

Pelo verbo do tipo denota-se que o infrator não pede, e nem solicita, mas sim exige do particular, a indevida vantagem, assim, a título exemplificativo, cita-se o fato de médico credenciado ao SUS (Sistema Único de Saúde), que para a realização de imperiosa cirurgia exige indevidamente determinada quantia do segurado, para que proceda à medida clínica.

De outro lado, analisando-se os tipos penais que tiveram o incremento no limite máximo em abstrato, vê-se que os verbos principais do crime de Corrupção Passiva (CP 317), são as condutas de solicitar, receber ou aceitar vantagem indevida, ou promessa de tal vantagem (situação essa aplicável ao funcionário público, ainda que fora da função), ao passo que na Corrupção Ativa (CP 333) o particular em especial, oferece ou faz promessa de vantagem indevida a funcionário público, com intuito de obter a prática, omissão, ou atraso de ato de ofício.

Como exemplo desses dois delitos, pode-se citar o caso do médico, que sutilmente, solicita vantagem indevida ao paciente segurado do SUS, para a realização de uma cirurgia, e a situação do próprio segurado que oferece quantia indevida ao médico para que ele realize um

procedimento cirúrgico em prejuízo dos demais que aguardam na fila de espera.

Denota-se que é muito mais reprovável a conduta de quem exige vantagem indevida, do que a conduta de oferecer ou aceitar receber uma indevida vantagem, não há a menor dúvida sobre essa situação lógica e fática, contudo, para espanto de todos, o legislador pune com mais severidade os delitos de Corrupção (Ativa ou Passiva), em relação ao delito de Concussão: corrupção – pena de até 12 anos de reclusão; concussão – pena até 8 anos de reclusão!

Ora, simplesmente não há a menor proporção na relação conduta/delito/pena aos crimes enunciados alhures, não há razão para punir com maior severidade quem pratica conduta de menor lesividade, sendo isso ilógico e irracional. Portanto, o Princípio da Proporcionalidade deve (também) ser respeitado pelo legislador, e caso assim não aconteça o juiz (liberto do positivismo jurídico) deve no processo em que atuar, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade dos preceitos sancionadores desses dois delitos, vez que há nítida desproporção na imposição de pena, faltando o indispensável equilíbrio na medida afliitiva.

Luiz Flávio Gomes em escólio doutrinário assevera:

“Tanto o legislador como o juiz, acham-se limitados pelo princípio da proporcionalidade. E sempre que o legislador não cumpre o princípio, deve o juiz fazer os devidos ajustes”, e prossegue aduzindo a seguinte situação: “Pena de seis anos para um beijo lascivo (CP, art. 214): cuida-se de pena totalmente desproporcional. Cabe ao juiz refutar sua aplicação. A solução melhor, para o caso, é a aplicação da pena anterior à lei dos crimes hediondos para o caso do beijo”.(Direito Penal, Parte Geral, Ed. RT, 2003, p.115)

Gilmar Mendes, presidente da Excelsa Corte Constitucional tece os seguintes comentários sobre a relevância da hermenêutica do Princípio da Proporcionalidade:

“Por outro lado, afirma-se de maneira inequívoca a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido). Vê-se que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira”.(Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos, ed. Saraiva, p. 396).

Infelizmente, existem outras situações ilógicas em nosso Código Penal, basta lermos o contido nos preceitos secundários do delito de Receptação, cp 180 (caput), com a sua figura qualificada (parágrafo primeiro):

180 – Caput: *“Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”* (grifo pessoal).

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo 1º: *“Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de*

qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime”(grifo pessoal).

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Pune-se a figura do caput por meio do dolo direto (“que sabe ser”), sendo o delito afiançável, e aplicável eventual suspensão condicional do processo (“sursis processual”), conforme artigo 89, da Lei 9.099/95, contudo, a figura qualificada, que é punida por meio do dolo eventual (“deve saber”), é mais severamente punida (pena de 3 a 8 anos), sendo incabível o arbitramento de fiança, bem como o “sursis processual”.

Mas, então, qual é a razão lógica ou jurídica que fez o legislador estabelecer uma pena mais gravosa para a receptação qualificada (parágrafo 1º), quando o agente atua com dolo eventual, em relação à figura do caput, em que o agente atua com dolo direto? Em suma, face o contido na lei penal, se o agente (comerciante) devia saber (dolo eventual) que a res era produto de crime, será punido mais rigidamente, e se sabia (dolo direto) a sua punição será bem menos gravosa!

Felizmente essa inusitada situação foi alvo de decisão pela Excelsa Corte, HC 92.525, tendo o ministro relator Celso de Mello asseverado:

“O preceito secundário do parágrafo primeiro deve ser desconsiderado, uma vez que ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização legal da pena”, e prossegue: “A imposição de pena maior ao fato de menor gravidade é inconstitucional, desrespeitando os princípios da harmonia e da proporcionalidade”.

Como se deduz, o legislador ao elaborar a norma penal incriminadora não pode e não deve desrespeitar os preceitos constitucionais, deve sim, observar o parâmetro da Razoabilidade ou Proporcionalidade, sob pena de invalidação da mesma, pois, não é lícito a ninguém agir sem moderação, e neste termos, o respeito à proporcionalidade constitui limitação material à conduta legislativa dos agentes públicos.

Concluindo acerca da maior punição em relação a delitos menos graves (corrupção), tem-se que o magistrado ao sentenciar deve aplicar o Princípio da Proporcionalidade, cortando os excessos, isto é, as penas desses delitos não podem ultrapassar as quantificadas pelo delito de Concussão, qual seja, o limite de 8 anos de reclusão deve ser observado para os delitos de Corrupção Ativa e Passiva.

Fontes consultadas

Bittencourt, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal, v. 4, Saraiva, 2005.

Jesus, Damásio E. de Jesus, Código Penal Anotado, Saraiva, 2006.

Gomes, Luiz Flávio, Direito Processual Penal, v. 6, RT, 2005.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2008-jun-11/inconstitucional_pena_maxima_crimes_corrupcao/